

Article

« Philosophie du droit et philosophie des droits : une réplique à la réponse de Renaut et Sosoe »

François Blais

Philosophiques, vol. 21, n° 2, 1994, p. 607-615.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/027297ar>

DOI: 10.7202/027297ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Philosophie du droit et philosophie des droits

Une réplique à la réponse de Renaut et Sosoe

par

François Blais

Alain Renaut et Lukas Sosoe ont réagi avec virulence et de manière quelque peu excessive à mon étude critique consacrée à leur ouvrage *Philosophie du droit*¹. Comme les responsables de *Philosophiques* m'offrent l'occasion de répliquer à leurs commentaires, je compte bien en profiter pour revenir sur certains points du débat afin de réaffirmer mes conclusions les plus importantes.

Je tiens à dire avant de débiter que je n'ai aucunement l'intention de me lancer à mon tour dans des récriminations ou de répliquer coup pour coup aux attaques personnelles à mon endroit et à l'égard de mon travail (« considérations purement scolaires et secondaires », « légèreté de la polémique », « ton belliqueux », « ton inutilement agressif »). Personnellement, je ne crois pas que ma critique de cet ouvrage ait été aussi « violente ». Au plus, je la considère sévère mais encore largement correcte. On me reproche mon « manque de modestie et de simplicité ». On m'invite à « baisser le ton ». On compte faire état de mon ignorance (« Au-delà du positionnement philosophique de l'auteur, s'il en a un », « il ignore la portée de ce qu'il dit lui-même »), de ma mauvaise foi (« l'investissement auquel a consenti l'auteur dans une critique aussi violente aurait pu servir à une lecture plus objective ») ou même les deux à la fois (« L'auteur aura au moins, sinon l'intelligence, du moins l'honnêteté »). Je ne sais que faire de remarques du genre. Elles peuvent bien être nombreuses et constituer l'arrière-fond de leur réponse à mes critiques, je ne veux rien y ajouter. Je compte plutôt mettre en pratique cette parole de Sénèque : « C'est montrer qu'on n'a pas en soi la moindre sagesse ni la moindre confiance que de s'affecter d'une insulte ». J'ai donc l'intention dans ce texte de me limiter à leur argumentation afin de montrer de quelle manière elle ne fait à mes yeux que confirmer la justesse de mes critiques à l'égard des thèses soutenues dans *Philosophie du droit*.

1. Alain Renaut et Lukas Sosoe, « Philosophie du droit : théorie transcendantale et non-naturaliste (sic). Réponse à François Blais », *Philosophiques*, 21, 1, 1994, p. 253-7. Cette réponse suivait mon étude critique de leur ouvrage *Philosophie du droit* paru en 1991 aux Presses Universitaires de France. Cf. F. Blais, « La philosophie du droit a-t-elle besoin d'une philosophie des droits ? », *Philosophiques*, 21, 1, 1994, p. 241-51.

I. Est-ce que je n'aurais pas simplifié l'enjeu du débat entre le positivisme juridique et le naturalisme ?

Les auteurs me reprochent de « réduire le problème du droit naturel et du positivisme juridique à une simple question de définition » et de faire de la controverse entre positivisme juridique et droit naturel « un exercice scolaire stérile et sans aucun intérêt ». Ce n'était certainement pas mon intention. L'histoire de la philosophie du droit traîne derrière elle, comme un boulet dont elle ne sait trop comment se départir, l'opposition, à mes yeux quelque peu surannée, entre le positivisme et le jusnaturalisme. Deux raisons peuvent expliquer cela. Tout d'abord, le fait que cette opposition soit constituée dans la réalité d'un mélange indifférencié de controverses philosophiques distinctes (le relativisme moral, le formalisme juridique, la nature de l'obéissance aux lois, la conception impérativiste de la loi, le scientisme, etc.), du reste importantes, mais qui méritent d'être traitées séparément, surtout si l'on tient compte que certaines d'entre elles n'ont que peu de choses à voir avec la philosophie du droit. Une caractérisation minimale mais précise s'avère donc utile à ce moment pour savoir au juste de ce dont on parle. La deuxième raison expliquant la longévité extrême du contentieux découle de la première. C'est que plusieurs philosophes du droit n'ont justement pas porté l'attention qu'il fallait à ces importantes distinctions. Ils ont donc eux-mêmes contribué à entretenir la confusion sur le sujet (je compte les auteurs de *Philosophie du droit* comme faisant partie de ce nombre). Bien entendu, la philosophie ne se réduit pas à un jeu, même subtil, de définitions, *mais des définitions conceptuelles claires sont nécessaires pour procéder à une analyse philosophique valable*, surtout lorsque l'enjeu du débat est le développement d'une approche, le criticisme, qui prétend se définir *par opposition* à un philosophème aussi controversé que le positivisme juridique. Parce qu'ils n'ont pas su relever le défi de caractérisations précises et constructives de termes aussi importants pour leurs travaux que « naturalisme », « positivisme » et « historicisme », j'ai affirmé dans mon étude critique, et je maintiens cette affirmation, que Renaut et Sosoe ont échoué dans leur projet d'offrir une alternative valable au positivisme juridique, doctrine qui, à suivre les auteurs, devrait être considérée comme l'un des pires maux philosophiques de notre époque. Quant à l'accusation voulant que je me sois laissé aller dans ma critique à « un exercice scolaire sans aucun intérêt », il est de mon avis qu'elle pourrait fort bien être retournée contre *Philosophie du droit* par des lecteurs déçus comme moi du flou et du caractère par trop polémique des controverses qui l'habitent.

II. Peut-on nier l'actualité et l'importance de la controverse entre positivisme et naturalisme juridiques ?

Parce qu'ils ne favorisent ni mon parti pris analytique ni ma préoccupation de mettre à l'abri le positivisme juridique de considérations indépendantes de sa nature, les auteurs m'adressent dans leur réponse une série de questions qui voudraient suggérer l'importance, l'actualité et la pertinence de leur démarche philosophique. La plupart de ces questions se résument en fait à une forme ou l'autre d'argument d'autorité (« Pourquoi les *Archives de Philosophie Juridique et Sociale* (*Archiv für Rechts-und Sozial philosophie* 1968) auraient consacré un numéro spécial au problème du positivisme et du droit naturel... ? »), ce qui nous apprend peu de choses sur la nature de notre désaccord. Par exemple, Renaut et Sosoe laissent entendre que des philosophes contemporains du droit aussi importants que R. Dworkin et J. Finnis

auraient justement rejeté « l'indépendance des deux perspectives (cognitive et normative) pour une théorie du droit » que, pour ma part, je leur proposais d'endosser comme point d'ancrage du débat positivisme-naturalisme juridique. Mais il aurait été plus souhaitable que les auteurs formulent clairement leurs objections à mon analyse de la question et qu'ils mettent de côté les appels aux « autorités » en la matière. En l'occurrence, je ne suis pas du tout d'accord avec eux sur leur interprétation « naturalisante » des philosophies de Dworkin et Finnis. Dworkin : « Natural law insists that what the law is depends in some way on what the law should be. This seems metaphysical or at least vaguely religious. In any case it seems plainly wrong². » Finnis : « a theory of natural law need not have as its principal concern, either theoretical or pedagogical, the affirmation that "unjust law are not law" »³. Ce ne peut être que par extension ou tout simplement par erreur que les philosophies de Dworkin et Finnis ont pu être associées à la tradition naturaliste du droit. Dworkin et Finnis sont tout à fait conscients de la séparation méthodologique entre une théorie fondationnelle des droits (*Rights*) et une théorie fondationnelle du droit (*Law*) et à ma connaissance, ils n'ont jamais entendu la remettre en question. Finnis propose essentiellement une théorie *normative* s'inspirant des traditions aristotélicienne et thomiste et dont il aimerait convaincre qu'une fois reconnue pour valide (normativement), elle porte nécessairement à conséquence pour l'institution du droit (cognitivement). Dworkin propose pour sa part une révision des approches *cognitives* traditionnelles du droit, qui, il est vrai, s'appuie sur des éléments de moralité publique *mais en aucun cas sur une théorie fondationnelle des droits* : ce qu'il réserve pour ses autres écrits de philosophie politique et qu'il traite soigneusement à l'écart de sa philosophie du droit. Les auteurs, s'ils veulent se réclamer de l'une de ces deux philosophies, doivent nous expliquer comment ces dernières abandonnent « l'indépendance des deux perspectives pour une théorie du droit ». Mais à mon avis, ces nuances échappent totalement à *Philosophie du droit*.

Afin de mettre mieux en évidence la distance qui me sépare de Renaut et Sosoe, je tenterai malgré tout de répondre aux questions qui me sont adressées⁴.

1. Question : « Qu'est-ce qui interdit que soit reposée la question de la légitimité des principes méthodologiques d'une théorie cognitive qui prétend à la description, objective et neutre, d'un système juridique ou de certaines normes ? »

2. Ronald Dworkin, « "Natural" Law Revisited », *University of Florida Law Review*, 34, 2, 1982, p. 165.

3. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980/1986, p. 351.

4. Après quelques tentatives, j'ai dû me résoudre à mettre de côté cette première question incompréhensible : « pourquoi donc malgré cette distinction que personne ne semble avoir niée, F. Blais cherche-t-il à attirer l'attention sur les nouveaux aspects du débat qui, selon nous, n'a pas d'enjeu réel qui dépasse la "querelle du positivisme" telle qu'elle a été menée, dans la philosophie allemande d'une part, l'abondante discussion entre les positivistes et les jusnaturalistes qui, recommencée depuis la deuxième guerre mondiale, vient à peine de s'essouffler, du moins sur le continent ? »

Réponse : Absolument rien du tout. Les écoles positivistes (comme les écoles « naturalistes » d'ailleurs) divergent entre elles sur la façon de rendre compte convenablement des normes et des règles juridiques. Le positivisme postule cependant que la résolution de ce problème passe par une épistémologie des sciences sociales et ne conduit en rien au rejet du positivisme juridique : au contraire, il le conforte dans sa position. La plupart des défenseurs du positivisme juridique (Bentham, Austin, Weber, Kelsen, Hart, MacCormick, Raz), il faut constamment le rappeler, n'endossent aucunement un empirisme naïf qui se proposerait d'imposer le modèle des sciences de la nature aux études sur le droit. Les idées de « neutralité » et d'« objectivité » constituent donc en elles-mêmes des enjeux fort importants et qui demandent bien sûr à être éclairés, *mais pas à la lueur d'une théorie fondationnelle des droits*.

2. Question : « Si, comme F. Blais le dit à la suite de Weinreb, une fois la distinction de l'être et du devoir-être effectuée, le problème serait résolu, pourquoi, même dans la philosophie anglo-américaine que selon lui, nous ignorons parfaitement, y a-t-il eu, depuis Hume, Clark, Henry Sidgwick, G. E. Moore et Prior etc. un débat sur la question ... ? »

Réponse : Il est risqué en philosophie de dire que quelque chose soit résolu définitivement et cette idée ne m'a jamais effleuré l'esprit. Dans mon étude critique, je rappelais plutôt les conclusions auxquelles en était venu Lloyd Weinreb dans son excellent ouvrage consacré à la question. Il est entendu que je partage plusieurs de ses conclusions qui ne visent aucunement à clore le débat sur le sophisme naturaliste, comme m'en accusent les auteurs, mais plutôt à *indiquer les conséquences philosophiques pour la philosophie du droit de la séparation logique entre l'être et le devoir-être*. Cela est tout à fait différent. Je considère encore aujourd'hui que Renaut et Sosoe ne peuvent éviter l'examen de ces conséquences pour leur propre thèse.

Quant au débat *Is-Ought*, je n'ai pas senti dans mon étude critique l'utilité d'ouvrir cette boîte de Pandore de la philosophie moderne puisque, de toute façon, les auteurs eux-mêmes ne remettent pas en question cette séparation dans leur ouvrage. Je m'explique mal cependant comment il se fait que cette préoccupation émerge tout à coup dans leur réponse à mon étude critique.

En fait, ce que l'on est en droit de demander aux auteurs, c'est de nuancer leur propos, ce que l'absence d'une caractérisation minimale d'expressions aussi importantes dans leur argumentation que « historicisme », « positivisme » et « naturalisme » ne permet pas pour le moment. Pour cette raison, *je ne m'oppose pas a priori* à ceux qui, comme Renaut et Sosoe, tentent « de savoir si le droit n'inclut pas dans sa fondation dernière un élément qui n'est pas réductible au fait, à la volonté du législateur ... ». Cette entreprise philosophique n'a à mes yeux rien d'illégitime. Je la considère même comme assez intéressante. Cependant, parce que les thèses que soutiennent les auteurs à ce sujet sont confuses et parce que vraisemblablement elles ne reposent pas sur une bonne connaissance de la littérature, j'ai défendu qu'ils n'arrivaient à aucune démonstration de cette relation, bien au contraire. *Philosophie du droit* m'apparaît commettre les mêmes erreurs et les mêmes associations douteuses, mais combien de fois réfutées, de la littérature naturaliste conventionnelle. Je ne prétends donc pas que le débat entourant le positivisme juridique soit à

jamais tranché à la faveur de ce dernier. Mais la première tâche du philosophe est de fournir une argumentation. *Philosophie du droit*, malgré les prétentions de ses auteurs, n'en fournit aucune.

En ce qui regarde la littérature anglo-saxonne, je n'ai pas laissé entendre que les auteurs puissent être « parfaitement ignorants » de son existence. J'ai mentionné cependant dans mon étude critique qu'il était étrange et décevant, *pour un ouvrage qui se présente comme en mesure et soucieux d'établir des ponts entre les deux grandes traditions philosophiques*, de ne retrouver aucune mention des philosophes anglo-américains contemporains sur la question. J'ai aussi laissé entendre qu'une meilleure connaissance et une utilisation appropriée de cette philosophie auraient certainement aidé les auteurs à éviter les importantes méprises qui nuisent à leur ouvrage.

3. Question : « Pourquoi enfin Kelsen, après la définition de la perspective qui est celle de la *Théorie pure du droit*, s'acharne-t-il contre la doctrine du droit naturel qu'il qualifie de métaphysique du droit ? »

Réponse : Tout simplement parce qu'il croyait avoir de bonnes raisons de le faire. Des raisons, pour certaines, semblables à celles que les auteurs de *Philosophie du droit* exploitent ou reconnaissent comme valides et qui leur font aussi rejeter les doctrines classiques du droit naturel. Renaut et Sosoe doivent admettre que la bataille contre le jusnaturalisme, classique ou contemporain, ne conduit en rien au relativisme des valeurs (comment Kelsen en serait-il venu à écrire d'aussi beaux traités sur la démocratie ?). Je donne moi-même un cours sur les fondements des droits à des étudiants de science politique. Je leur parle très peu de l'histoire de la philosophie du droit sauf pour leur demander d'y penser à deux fois avant d'endosser cette formule spéieuse et contradictoire « *Lex injusta lex non est* » qui ne conduit nulle part, si ce n'est à une conception gratuite et narcissique de la désobéissance civile.

III. N'était-ce pas une erreur d'associer, comme je l'ai fait, la position des auteurs au jusnaturalisme ?

Renaut et Sosoe en sont persuadés : « Contrairement à ce que pense F. Blais il ne s'agit nullement d'une théorie naturaliste du droit dont on peut bien interroger aujourd'hui l'utilité et même la signification, mais bien d'une réflexion sur les conditions mêmes d'une théorie normative que nous n'avons pas cherché à faire passer pour une théorie naturaliste du droit. » Les auteurs m'accusent ainsi d'avoir détourné leur propos, de faussement ramener leur position philosophique à la tradition jusnaturaliste classique alors qu'ils tiennent pour leur part à s'en démarquer. Mais la réalité est autre et cette accusation me porte à croire que les sentiments des auteurs à l'égard du jusnaturalisme sont fort changeants ... comme en fait foi ce passage tiré des dernières pages de *Philosophie du droit* et où il est question de la « philosophie du droit » de Rawls : « A travers une telle articulation du droit et de la morale se trouve en effet reconnu tout d'abord qu'il ne saurait y avoir de théorisation rigoureuse du fait juridique qui ne fasse en elle une place à un moment de jusnaturalisme »⁵. Je ne

5. *Philosophie du droit*, op. cit., p. 478. Je souligne.

chercherai toutefois pas à voir plus clair et je tenterai de répondre à ce nouveau reproche.

L'accusation repose en fait sur une confusion que les auteurs sont les seuls à entretenir et qui mérite d'être levée afin de quitter le terrain de la simple sémantique. En effet, la question n'est pas de savoir si le criticisme se démarque de quelque manière de la tradition jusnaturaliste *mais s'il permet véritablement de marquer des points à l'encontre du positivisme juridique* qui demeure, je tiens à le rappeler, le premier cheval de bataille de *Philosophie du droit* (le second étant l'historicisme dont je traiterai au point suivant). Les auteurs eux-mêmes le rappellent avec beaucoup d'insistance dans leur réponse : « comment qualifier une entreprise de fondation du droit qui évite et le positivisme et l'historicisme autrement qu'une entreprise criticiste ... ? ». Sur ce point, j'ai affirmé et je maintiens que les auteurs ne réussissent pas à démontrer comment une théorie substantielle des droits (*Rights*), tout comme une théorie non substantielle comme celle des auteurs, peut aider une « entreprise de fondation du droit » et je leur ai reproché *d'assumer*, alors qu'étant donné l'état de la littérature sur le sujet, il aurait été grandement préférable de *démontrer* que la réalisation de la première dépend philosophiquement de la réalisation de la seconde.

Il est tout à fait dans le droit des auteurs de vouloir se démarquer des tentatives jusnaturalistes classiques du passé, et je ne tiens pour ma part ni à nier ni à discuter de différences, réelles ou potentielles, entre ces dernières et le criticisme. Mais au-delà de ces différences sur lesquelles misent maintenant avec insistance les auteurs, ma thèse est que *le criticisme juridique défendu dans Philosophie du droit reste, dans sa relation au droit et au positivisme juridique du moins, un jusnaturalisme qui ignore*. En effet, *Philosophie du droit* commet les mêmes fautes que ses prédécesseurs jusnaturalistes, en particulier il postule qu'une théorie du droit (*Law*) devrait logiquement dépendre d'une théorie des droits (*Rights*). Les auteurs ont maintenant comme obligation de montrer comment les différences invoquées pourraient changer cette situation. Je ne peux voir comment ils s'y prendront.

Oublions un moment le débat avec le positivisme juridique. Et si ce qui comptait avant tout pour les auteurs, c'était la critique de l'historicisme qu'ils confondent, maladroitement certes, à la suite de Villey et Strauss, avec le positivisme juridique ? Dans ce cas, ne pourrait-on pas au moins reconnaître quelque mérite au criticisme juridique dans sa volonté de rechercher une alternative à l'historicisme et au relativisme moral ?

Renaut et Sosoe me condamnent à la fin de leur réponse pour ne pas avoir saisi l'objectif principal de leur ouvrage qui était « [d'] analyser philosophiquement les différentes revendications faites au nom du droit, plus précisément au nom des droits de l'homme ». Cette citation révèle à elle seule toute l'ambiguïté du projet puisqu'on y retrouve entremêlées des visées fondationnelles pour une théorie du droit et pour une théorie des droits. Mais ils corrigent par la suite le tir et adoptent cette position (de repli) face à mes critiques : « Toutefois, ce n'était pas tant notre objectif de présenter le positivisme (ou les positivismes) dans ses (ou leurs) récents développements que de nous interroger sur les conditions intellectuelles sans lesquelles le droit ne saurait

retrouver sa fonction critique par rapport à tel ou tel système juridique. » Et plus loin : « de toute évidence [...] l'auteur ne comprend pas clairement la question transcendantale, celle des possibilités théoriques sans lesquelles les revendications faites de nos jours en référence aux droits n'auraient aucun sens. C'est cette question transcendantale, pour encore une fois le souligner, que nous appelons *criticisme*. »

Que doit-on penser de cette stratégie (de repli) ? La critique de l'historicisme et du relativisme moral constituait, il est vrai, le second cheval de bataille de *Philosophie du droit*. J'en parle assez peu dans la deuxième section de mon étude consacrée à la critique de leur ouvrage, ce qui fait peut-être dire aux auteurs que j'ai « négligé l'essentiel au profit de considérations purement scolaires et secondaires ». C'est que mon étude visait à montrer que contrairement à ce qui était assumé comme point de départ à leur démarche, on devrait, jusqu'à preuve du contraire, pouvoir séparer la critique du positivisme de celle de l'historicisme. Que s'attaquer aux deux simultanément dénotait une incompréhension de l'une des doctrines (certainement au moins la première dans le cas de *Philosophie du droit*). Je prétends même, et cela reste bien sûr en totale opposition avec la démarche des auteurs, que dans l'état actuel des connaissances, la philosophie du droit ne peut tirer que des bénéfices d'une séparation rigoureuse de ces sphères. L'écheveau qu'est *Philosophie du droit* ne fera en fin de compte que donner une fois de plus raison à tous ceux qui, comme Perelman et bien d'autres dans le monde juridique, théoriciens et praticiens du droit, se méfient d'une philosophie du droit essentiellement spéculative, retournée sur elle-même ou vers des horizons qui ignorent les institutions juridiques, leurs pratiques ainsi que les perplexités juridiques qui devraient normalement interpellier les philosophes qui prétendent faire de la philosophie du droit⁶.

Je me suis donc peu prononcé, il est vrai, sur l'intérêt philosophique que pouvait représenter *le criticisme juridique comme alternative et réponse à l'historicisme*. Ma réaction lors de ma première lecture de l'ouvrage était simplement qu'il s'agissait d'une question relevant davantage de la philosophie politique que de la philosophie du droit et que tout ce qu'on pourrait en dire devrait avoir finalement peu d'effet sur notre compréhension des phénomènes juridiques (ce que je me suis efforcé d'illustrer et que Renaut et Sosoe balaient de la main en assumant que leur option pour une théorie transcendantale est à l'abri de ces difficultés vers lesquelles ils seront pourtant inévitablement conduits dès qu'ils sortiront de la position confortable, mais combien insuffisante, d'une théorie philosophique des droits qui insiste pour parler des « conditions de possibilité » sans jamais nous dire au juste quels sont ces droits). Mais j'accepte maintenant d'aller un plus loin dans mon évaluation pour éviter l'accusation de m'être (paradoxalement) trop intéressé au contenu de l'ouvrage qui touchait véritablement la philosophie du droit.

Il faut tout d'abord reconnaître que l'expression « historicisme » souffre tout autant que l'expression « positivisme », je l'ai assez mentionné, de son

6. Voir la remarque à ce sujet dans *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 16.

caractère indéterminé et polémique. En cela, elle porte la marque de Strauss et Villey qui interviennent dans l'ouvrage comme des figures emblématiques mais négatives et vis-à-vis desquelles s'insurgent Renaut et Sosoe. Mais voilà peut-être où le bât blesse : *les auteurs de Philosophie du droit ont tout simplement trop pris au pied de la lettre ces figures de l'idéologie anti-libérale contemporaine*. Ils auraient plutôt dû dénoncer dès le départ les nombreuses méprises, historiques et philosophiques, qui entachent leur philosophie respective. Ils n'avaient surtout pas à les cautionner en recourant encore une fois à des arguments non philosophiques qui ont trait à « l'autorité » (négative) de Strauss et Villey en France. Je considère qu'en choisissant cette stratégie, ils se sont finalement donné une tâche bien facile : celle de mettre à jour les incohérences et insuffisances philosophiques les plus évidentes et les mieux connues de ces philosophes⁷.

Quant à la notion d'« historicisme », j'ajouterai simplement ceci : lorsque cette dernière se rapproche de formes variées du « relativisme », alors on se doit simplement de rappeler son caractère autoréfutant et de passer à autre chose. Mais le problème pour Renaut et Sosoe surgit dès que l'expression emprunte des connotations moins polémiques philosophiquement. Je considère personnellement que dans la définition suivante de l'historicisme (puisée chez Strauss et condamnée par les auteurs à la toute fin de leur ouvrage) : « *L'historicisme* qui tient que ce qui est bon n'est autre que ce qui est historiquement validé ou consacré et donc, faisant de l'histoire du monde le tribunal du monde, nie tout décalage entre la réalité positive et l'idéal »⁸, le philosophe averti serait, quant à lui, satisfait d'y retenir des intuitions valables. Des intuitions qu'une théorie fondationnelle des droits ne devrait pas rejeter à tout prix. Par exemple, je crois que la tradition du pragmatisme américain, qui va de Dewey à Rawls et que Rorty tente de systématiser aujourd'hui, pourrait très bien s'accommoder d'une bonne dose d'historicisme et ne saurait que faire de la position transcendantale des auteurs. Ces philosophes américains ne m'apparaissent pourtant pas de grands ennemis de la démocratie libérale et encore moins des droits fondamentaux.

Il était et demeure encore difficile de suivre l'exercice auquel se livrent les auteurs de *Philosophie du droit* dans ses dernières parties. Ceux-ci prétendent démontrer un « retour au sujet de droit » dans la philosophie politique contemporaine par des exemples aussi illustres, j'en conviens, que Apel, Rawls ou même Habermas. Chacun de ces philosophes serait ainsi, à sa façon, tributaire de la philosophie critique kantienne. Mais la démarche de Renaut et Sosoe m'apparaît beaucoup trop allusive pour démontrer quoi que ce soit sur le plan philosophique. Le lecteur curieux de ces questions s'attendrait à autre chose venant d'auteurs qui ont tout de même des visées fondationnelles. En effet, le fait d'aligner des philosophies, aussi importantes soient-elles, partageant en commun un certain attachement au kantisme, attachement du reste

7. Pour ce qui est de Strauss, on lira pour s'en convaincre Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, 330 pages (Section 3 : « Strauss : Truths for Philosophers Alone »).

8. Cf. *Philosophie du droit*, op. cit., p. 101.

sujet à controverse, ne procure au mieux qu'un sentiment d'érudition évasif qui ne nous éclaire nullement sur la valeur réelle et la portée de ce « retour à Kant ». *Les auteurs ne fournissent pour cette raison aucune alternative à l'historicisme.* Ils donnent au contraire au lecteur la fâcheuse impression d'un biais nullement justifié en faveur du kantisme, un biais qui s'exécute au détriment d'options moins kantienne de la moralité. Et pour ce qui est de l'idée d'une « théorie du sujet », mon avis est qu'elle reste encore beaucoup trop vague et beaucoup trop rattachée pour être crédible aux conditions immédiates de possibilité d'une théorie des droits. En plus d'être général et approximatif, cela m'apparaît fort contestable. Sur le retour à Kant, les auteurs affirment : « Non seulement elles se gardent bien (les philosophies de Rawls, Apel et Habermas) d'être une répétition stérile de Kant, mais elles évitent le positivisme et l'historicisme. » On voudrait maintenant savoir comment une philosophie comme celle de Rawls pourrait éviter quelque chose comme le positivisme ou l'historicisme alors que ces catégories philosophiques restent totalement étrangères à sa démarche.

Conclusion

Je résumerai maintenant mes remarques à propos de *Philosophie du droit* en plaçant ses auteurs devant un dilemme qui résume assez bien mes critiques. C'est aussi de cette manière que je compte, pour ma part, mettre fin à notre débat.

- i) Ou bien le criticisme juridique est une sorte de prolégomène pour une théorie éventuelle des droits fondamentaux, et alors il exclurait *de facto* l'historicisme et toute forme de relativisme en laissant intact le positivisme juridique qui ne sait que faire de ces questions. La philosophie du droit contemporaine n'y fait donc aucun gain et la philosophie politique reste en attente d'une théorie des droits plus substantielle.
- ii) Ou bien nous revenons à la case départ, celle qui m'apparaît la plus constructive philosophiquement : le criticisme est plutôt une théorie cognitive du droit (« cet objectif qui entend analyser philosophiquement les différentes revendications faites au nom du droit »). Malheureusement, je prétends qu'à ce moment-là les auteurs échouent à montrer de façon rigoureuse les liens qu'entretiennent une théorie du genre et la recherche d'une théorie non substantielle des droits. C'est pourquoi j'ai suggéré dans mon étude critique que l'on rejetât leur approche du problème.